

PROCESSO	- A. I. N° 269358.0002/21-6
RECORRENTE	- DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4 <sup>a</sup> JJF n° 0087-04/22-VD
ORIGEM	- DAT SUL / IFEP
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 15/02/2024

### 1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0007-11/24-VD

**EMENTA: ICMS.** 1. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA USO OU CONSUMO PRÓPRIO DO ESTABALECIMENTO e DE BENS PARA O ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não restou comprovado pelo sujeito passivo que tais aquisições se destinavam à comercialização, tendo em vista operar no ramo de supermercado. A exigência fiscal tomou por base apenas as aquisições classificadas pelo próprio autuado em sua EFD com os CFOPs sob os códigos 2551 - Compra bem para o Ativo Imobilizado e 2556 - Compra material para uso ou consumo, cujas aquisições foram registradas sem crédito do imposto, confirmando não se tratarem de mercadorias para comercialização. Acusação subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal n° 0087-04/22-VD, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/03/2021, interposto nos termos no Art. 169, I, “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$ 462.761,86 pelo cometimento de 01 infração conforme descrito abaixo.

*Infração 01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. O estabelecimento adquiriu em operações interestaduais bens destinados ao ativo fixo e/ou a uso e consumo, omitindo-se do pagamento do ICMS-DIFAL, prática que viola o disposto na lei do ICMS do Estado da Bahia (Lei n° 7.014/96 e Regulamento respectivo). O demonstrativo Anexo I, relaciona por item as operações objeto desta tributação, integrando o presente lançamento em todos os seus termos”.*

O autuado apresentou impugnação (Fls. 68 a 78), informação fiscal prestada pelo autuante (Fls. 93 a 108), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 4<sup>a</sup> JJF que após análise julgou **Procedente**, nos seguintes termos:

### VOTO

*A acusação que versa nestes autos para efeito de exigência de ICMS-Difal na ordem de R\$ 462.761,86, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei n° 7.014/96, está posta nos seguintes termos: “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. O estabelecimento adquiriu em operações interestaduais bens destinados ao ativo fixo e/ou a uso e consumo, omitindo-se do pagamento do ICMS-DIFAL, prática que viola o disposto na lei do ICMS do Estado da Bahia (Lei n° 7.014/96 e Regulamento respectivo). O demonstrativo Anexo I, relaciona por item as operações objeto desta tributação, integrando o presente lançamento em todos os seus termos”.*

*Em sua defesa, o autuado argumentou que na peça fiscal não há nenhuma prova nem esclarecimento por parte do autuante, de que as mercadorias objeto do presente lançamento são destinadas ao Ativo Fixo ou para uso/consumo por parte da empresa, e que é uma das maiores redes de supermercado da região sul deste Estado, tendo um leque variado de produtos, desde alimentícios, passando por panificação, limpeza, informática, higiene pessoal, produtos para o lar, dentre outros, apresentando uma vasta lista de produtos que são comercializados e que se encontram inseridos no levantamento fiscal.*

O autuante manteve a autuação ao argumento de que o lançamento exibe fortes elementos comprobatórios, uma vez que lista as operações sujeitas por espécie de bens, baseando-se nos CFOPs informados na escrituração fiscal digital do autuado, procedendo-se deste modo a apuração conjunta da DIFAL uso e consumo e da DIFAL Ativo Permanente, seguindo a mesma sistemática adotada pelo autuado nos dois recolhimentos realizados.

Destacou que os únicos CFOPs considerados no demonstrativo Anexo I foram os códigos 2551 (Compra bem para o Ativo Imobilizado) e 2556 (Compra material para uso ou consumo), e nada mais, sendo esta codificação de operações realizada pelo próprio estabelecimento autuado, afirmando que a defesa está em franca contradição com sua própria Escrituração Fiscal Digital, considerando que aí está a prova, não sendo o Fisco que codificou e praticou tais operações e sim o próprio autuado.

O processo foi convertido em diligência, no sentido de que o autuante examinasse se os produtos listados pelo autuado em sua peça defensiva, e caso confirmado que se tratam de produtos para comercialização, fossem excluídos da autuação, com elaboração de novo demonstrativo de débito.

Em atendimento, o autuante, em 01/02/22 intimou o autuado através do DT-e, fl. 115, onde destacou inicialmente que a exigência do ICMS/Difal incorreu sobre aquisições de bens registrados na sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, sob os CFOPs 2556 – Compra de material para uso ou consumo próprio, 2551 – Compra para o Ativo Imobilizado e 2552 – Transferências de bens do Ativo Imobilizado, solicitando ao mesmo para “contestar objetivamente o lançamento efetuado, indicando quais operações específicas constam do lançamento como sujeitas ao DIFAL não debitada que na verdade foram adquiridas para comercialização e qual a causa do seu registro na EFD com os CFOPs 2556, 2551 e 2552 e não com os CFOPs próprios de mercadorias adquiridas para revenda”.

Em resposta, o autuado se manifestou às fls. 117 a 127, pontuando que em relação à Informação Fiscal, esclarece que embora as mercadorias listadas pelo autuante no demonstrativo tenham o CFOP de aquisições de Ativo Fixo ou consumo, tal fato foi fruto de erro do seu sistema, o que ocasionou o equívoco, reafirmando que as operações constantes do presente lançamento não são fato gerador da Difal exigida.

O autuante se pronunciou destacando que o autuado alegou que exerce atividade no ramo de supermercados, comercializando um leque variado de produtos, desde alimentícios, passando por panificação, limpeza, informática, higiene pessoal, produtos para o lar, dentre outros, tendo o autuado apresentado extensa lista de produtos que são comercializados em seu estabelecimento, fls. 70 a 77, solicitando que sejam excluídos da autuação.

Disse que procedeu a reanálise determinada da lista dos bens objeto da tributação e não constatou razão objetiva para a reelaboração do demonstrativo Anexo I, pontuando que intimou o autuado para que enfrentasse objetivamente a imputação, indicando quais os produtos constam na referida lista que foram destinados à comercialização, e explicasse também, objetivamente, por que foram registrados na EFD com CFOP indicativo de tratar-se de bens destinados a uso e consumo.

Pontuou que como resposta, o autuado continuou afirmando de forma genérica tratar-se de produtos destinados à comercialização, abstendo-se de nomeá-los objetivamente, e que também genericamente e sem maiores explicações, afirma que a utilização dos CFOP's 2556, 2551 e 2552, deu-se por erro de escrituração no seu sistema de registro fiscal.

Esclareceu que o estabelecimento auditado se constitui em uma central distribuidora atacadista de uma rede de supermercados que atua na região sul do Estado, que segundo os registros cadastrais da SEFAZ/BA, já foi integrado por 14 estabelecimentos, e atualmente possui 9 estabelecimentos ativos, tendo como atividade econômica principal o comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, sendo que as compras de mercadorias para comercialização de bens de uso e consumo e ativo imobilizado é exercida por este estabelecimento, que distribui para comercialização ou consumo em toda a rede.

Acrescentou que o fato de bens utilizados como uso e consumo e ativo imobilizado também serem objeto de comercialização na rede de estabelecimentos integrada pelo estabelecimento autuado nada diz de per si, pois é perfeitamente compatível comprar para comercializar e comprar para usar, sendo que esta destinação tem impacto na definição da tributação a que o item se submeterá, sujeitando-se ao ICMS-DIFAL ou à incidência do ICMS NORMAL na saída, cuja definição é exercida pela empresa no momento do seu registro fiscal, momento este que se codifica a sua destinação.

Observou que foi justamente baseado nesta destinação indicada pelo estabelecimento autuado, que formulou a presente imputação fiscal, haja vista que não constatou no período abrangido pelo demonstrativo Anexo I, qualquer débito relativo à DIFAL quanto às operações registradas como seu fato gerador, citando que o volume de produtos abrangidos pela autuação se justifica pela quantidade de estabelecimentos suprida pelo estabelecimento autuado e pela ausência total de débito de DIFAL em 21 dos 24 meses auditados, destacando ainda, que no registro fiscal destas operações vocacionadas pelo próprio estabelecimento autuado a uso e consumo e ativo imobilizado, não houve o creditamento do ICMS destacado, numa indicação segura de que sua aquisição não visou a comercialização, e sim o seu emprego em uso e consumo ou ativação.

Após a síntese dos fatos acima narrados, passo a decidir em relação ao mérito da autuação, posto que não

houve questionamento relacionado aos aspectos formais do lançamento, que atende ao estabelecido no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

Ressalto que a diligência requerida foi atendida, cujo resultado aferido considero suficiente para formação da minha convicção como julgador.

*Não se tem dúvida de que grande parte dos materiais objeto da autuação também são comercializados pelo estabelecimento do autuado, sendo que tais aquisições, segundo informação trazida pelo autuante, são efetuadas pelo mesmo e distribuídas aos demais estabelecimentos filiais.*

*A questão central deste lançamento, reside no fato de que o próprio autuado adquiriu diversos produtos que os registrou na sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, sob os CFOPs 2556 – Compra de material para uso ou consumo próprio, 2551 – Compra para o Ativo Imobilizado e 2552 – Transferências de bens do Ativo Imobilizado, inclusive não utilizando os créditos fiscais destacados nos documentos fiscais relacionados a estas operações.*

*Desta maneira, foi o próprio autuado que classificou tais operações como para Ativo Fixo e/ou consumo próprio, justificando apenas que tal fato aconteceu por erro do seu sistema, não apresentando nada mais de forma concreta e objetiva que justificasse seu argumento.*

*Observo que o dito “erro de sistema” alegado pela defesa ocorreu durante 21 (vinte e um) dos 24 (vinte e quatro) meses alcançados pela ação fiscal, o que ao meu ver não se justifica, pois tal fato não pode passar despercebido por tão longo período.*

*Desta forma, entendo que apesar da nomenclatura de diversos dos produtos incluídos na autuação também serem objeto de comercialização, segundo o autuado, considero que este não comprovou que tais aquisições se destinaram exclusivamente à comercialização, razão pela qual, e tendo em vista que o próprio autuado classificou tais aquisições para fim de imobilização (Ativo Fixo) e uso ou consumo próprio, vejo que não poderia o autuante interpretar de forma diversa, pois se assim o fizesse, estaria desclassificando a escrita fiscal do autuado.*

*Por fim, apesar do autuante se referir no corpo da intimação que considerou em seu levantamento operações com o CFOP 2552 – Transferências de bens do Ativo Imobilizado, não localizei nos demonstrativos elaborados pelo mesmo, Anexo I, qualquer operação relacionada a este CFOP, portanto, neste sentido, nada a ser excluído. Também, pelo fato do autuado não ter contestado os cálculos elaborados pelo autuante, concluo votando pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração no valor de R\$ 462.761,86.*

Inconformado com a procedência do Auto, o autuado interpõe Recurso Voluntário (Fls. 197 a 214) com base no Art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alegando os argumentos a seguir apresentados.

Já na inicial de que há equívocos por parte da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, bem como da Fiscalização, como restará provado.

Alega que o acórdão citado reporta como motivo de não aceitação das alegações trazidas pela defendant decorre da exigência fiscal ter tomado por base apenas as aquisições classificadas pelo próprio autuado em sua EFD com os CFOP's sob os códigos 2551 – Compra bem para o Ativo Imobilizado e 2556 - Compra material para uso ou consumo, cujas aquisições foram registradas sem crédito do imposto, confirmando não se tratarem de mercadorias para comercialização.

Ocorre que não houve o crédito de mercadorias nas aquisições, tendo em vista que a maioria se trata de mercadorias enquadradas na Substituição Tributária, notadamente do segmento de PRODUTOS DE PAPELARIA, o que, além de não admitir créditos, se torna incompatível com a cobrança de ICMS – DIFAL, por já haver a antecipação do imposto pelas entradas, encerrando a fase de tributação.

Traz alguns itens por amostragem, dizendo que estando inseridos no levantamento fiscal e que fazem parte da Substituição Tributária do ICMS, a exemplo das CANETAS ESFEROGRÁFICAS (2018 – Itens 12.27 a 12.29 do Anexo I, 2019 – Itens 12.27 a 12.30 do Anexo I), ESPIRAIS PARA ENCADERNAÇÃO (2018 e 2019 – Itens 12.12 e 12.13 do Anexo I, 2019), PAPEL OFÍCIO (2018 e 2019 – Item 12.31 do Anexo I), PASTAS PARA DOCUMENTOS (2018 e 2019 – Itens 12.25 e 12.5.0 do Anexo I) (itens estes que estão elencados no demonstrativo da fiscalização).

Ante todo o exposto, diz que houve equívoco na ação fiscalizadora, pois inseriu produtos que são enquadrados na Substituição Tributária, que por força legal já possuem a tributação por antecipação nas aquisições, seja por força de Acordo Interestadual (Convênio ou Protocolo), ou

seja por força da inserção na Legislação Interna.

Em todos os casos há o encerramento da fase de tributação, não sendo cabível a cobrança de ICMS a título de Diferencial entre as alíquotas interna e interestadual, haja vista que quando da realização da ST já há a cobrança deste diferencial, acrescido da MVA. Qualquer cobrança neste sentido seria uma bitributação.

Ademais, cabe salientar que a arrecadação a título de Antecipação Tributária realizada pela empresa sobre estes produtos há que entrar no contexto da presente autuação, pois a Recorrente figura como responsável pelo recolhimento do ICMS-ST, tanto quando o remetente dos itens não faz parte de Estado signatário de acordo interestadual, e mesmo quando esse sendo, o remetente não realiza a retenção do imposto antecipadamente. Para isso, acrescentou o demonstrativo dos recolhimentos efetuados durante o período da autuação, a título de ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, com código de receita 1145, e ICMS SUBST TRIBUTÁRIA POR OPERAÇÃO CONT INSCRITO, com código de receita 1187 (Fls. 188 a 192).

Cita que a Fiscalização, em relação aos produtos da ST, somente pode questionar em forma de auditoria o seu recolhimento específico, o que já o fez em outras Fiscalizações, mas não inserir os produtos que já fazem parte deste regime tributário no cálculo da auditoria do Diferencial de Alíquotas.

Pede diligência, antes aos flagrantes equívocos constatados nas planilhas demonstrativas da infração, requeremos a realização de diligências para se comprovar o erro do Fisco com a consequente improcedência parcial do presente Auto de Infração.

Por fim reitera os pedidos formulados em sede de Impugnação e requer que seja reconhecida a IMPROCEDÊNCIA parcial do lançamento, ou que no mínimo, seja determinada diligência fiscal, para que, nesta oportunidade, sejam efetivamente analisados todos os documentos acostados pela Recorrente e pede em homenagem ao Princípio da Verdade Material, pela posterior produção de todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente documental.

Com base nas razões apresentadas pela Recorrente, considerando que existe um demonstrativo com os recolhimentos efetuados com códigos de antecipação anexado ao Recurso Voluntário, mas não com nível de detalhe para que este julgador pudesse fazer sua análise, em sede de julgamento, na sessão realizada em 07/12/2022, os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, decidiram remeter os autos em diligência (Fls. 209/210) à INFRAZ DE ORIGEM, a fim de que fossem adotados os procedimentos a seguir:

**Pelo Autuante:**

- a) Intimar o autuado para que no prazo de 30 dias apresentasse todas as notas fiscais elencadas na autuação e que já tiveram o ICMS antecipado pelo fornecedor, ainda que tenham sido escriturados com o CFOP de uso ou consumo ou ativo imobilizado (mas que sejam para comercialização) e as notas fiscais que tiveram o ICMS antecipado pela Recorrente, juntamente com as memórias de cálculo e Documentos de Arrecadação comprovando o recolhimento do ICMS.*
- b) Que o autuado comprovasse através de notas fiscais de saídas que estas mercadorias foram destinadas a comercialização.*
- c) Atendida as solicitações acima, apresentasse novo demonstrativo, retirando as notas fiscais que tiveram o recolhimento antecipado do ICMS (pelo fornecedor ou pela Recorrente).*
- d) Entregasse cópia dos documentos gerados pela diligência a Recorrente, contra recibo e conceder o prazo de 10 (dez) dias, para que se manifestasse, se assim desejasse.*

Atendidas as solicitações acima, deverá o processo ser encaminhado ao CONSEF, para julgamento.

O autuado se manifestou às fls. 212 a 222, trazendo as seguintes alegações:

Quanto ao item 1 da diligência esclarece que efetivamente não são mercadorias para comercialização, mas de fato, para consumo e que não foi esse o alegado pela defendant e que desde o início afirma que os itens já tiveram o imposto pago por substituição tributária e por isso não podem ter a cobrança de DIFAL e reafirma que os produtos enquadrados na ST devem ser, portanto, excluídos da autuação.

Para cumprimento do solicitado na Diligência, anexamos a seguir as notas fiscais que estão na planilha da Fiscalização, e que o próprio CFOP do emitente já sinaliza que se trata de produtos com imposto RETIDO, seja 6404 ou 6403, a exemplo das Notas Fiscais nºs 1780, 2271, 5483.

Quanto ao item II da Diligência esclarece que restou prejudicada, por conta do equívoco de interpretação cometido no julgamento de piso. Esclarece que as mercadorias ora em discussão NÃO foram destinadas à comercialização. Foram efetivamente para consumo próprio da empresa, mas que pelo alegado anteriormente (algumas mercadorias enquadradas na ST) não podem ter a cobrança de DIFAL, por conta da antecipação e encerramento de fase de tributação. Para tanto, anexa uma planilha na qual demonstra forma completa as notas fiscais que estão inseridas no levantamento fiscal com mercadorias enquadradas na ST.

Na manifestação traz ainda um fato novo, no que se refere aos itens FILME PVC e SACO PLÁSTICO, que em verdade se trata de MATERIAL DE EMBALAGEM, que pela legislação permite seu crédito, não sendo cabível a cobrança de DIFAL, tendo em vista que NÃO são destinadas ao consumo do estabelecimento, conforme prevê o Art. 309, I do RICMS/BA:

Por fim, em cumprimento à Diligência, anexou planilha denominada “269358.0002-21-6 - PRODUTOS DA ST E MATERIAL DE EMBALAGEM”, que lista, a partir do Demonstrativo original da Fiscalização, os produtos que são da Substituição Tributária e os que são considerados como MATERIAL DE EMBALAGEM, momento em 1 a sua exclusão.

Em resposta à manifestação da Recorrente, o autuante, se pronunciou às fls. 230 a 242. Inicia dizendo que a autuada não atendeu à intimação emitida nos termos da diligência deste CONSEF. Continua dizendo que os argumentos defensivos apresentados em sede de recurso e agora em sede de diligência não se sustentam porque estão baseados em premissas equivocadas e em contradição com sua própria escrituração fiscal digital. Reconhece que as operações elencadas são realmente destinadas a uso e consumo e agora que parte delas já foram objeto de substituição tributária pelos fornecedores.

Alega o autuante que tal afirmação é falsa, que nenhuma das operações elencadas teve tributação antecipada, nem pelo fornecedor, nem pelo próprio destinatário. Tanto é que não houve nesse sentido prova que pudesse comprovar tal situação.

Em relação as notas fiscais apontadas, diz o autuante que não tem o ICMS retido e nem tampouco foi apresentada a GNRE que acobertou as operações, visto que os fornecedores não têm inscrição de substituto tributário neste estado. Tampouco foi apresentado o DAE de recolhimento por antecipação. Apresenta consulta das notas às fls. 239 a 240 e cita que nas demais notas não há indícios de recolhimento do ICMS ST. Além disso, existem produtos que estão na planilha que sequer estão sujeitos ao ICMS ST, a exemplo das luvas vinil de uso doméstico.

Não prospera também as alegações quando ao filme plástico, pois conforme consta na EFD trata-se também de material para uso ou consumo. Trata-se de uma contradição fática incontornável com sua própria EFD. Mantém todos os argumentos da autuação.

Em nova manifestação da autuada (Fls. 252 a 254) diz que respondeu sim a diligência, inclusive com inclusão de planilha listando os produtos da ST e os produtos que são destinados ao emprego como material de embalagem.

Diz ainda que sobre os produtos enquadrados na Substituição Tributária, reitera a acrescenta que o quanto alegado reside no fato de que, se não produtos da ST, além de já terem previsão de antecipação ou retenção, o que isola qualquer possibilidade de cobrança de DIFAL, há a questão que, com celebração de acordo, a responsabilidade é do remetente.

Diz ainda que os produtos para embalagem estão sujeitos ao pagamento da antecipação parcial, e cita os Pareceres nºs 7872/2008 e 16075/2008, ambos da DITRI, portanto, não caberia a cobrança em duplicidade.

**VOTO**

O presente Recurso Voluntário foi interposto em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0087-04/22-VD, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/03/2021, nos termos do Art. 169, I, "b" do RPAF que exige o valor histórico de R\$ 462.761,86 pelo não recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. O estabelecimento adquiriu em operações interestaduais bens destinados ao ativo fixo e/ou a uso e consumo, omitindo-se do pagamento do ICMS-DIFAL, prática que viola o disposto na lei do ICMS do Estado da Bahia.

Em seu Recurso Voluntário a Recorrente alega que apesar da fiscalização dizer que somente foram consideradas aquisições com os CFOPs 2.551 e 2556, sem a utilização de créditos, o que se deu tendo em vista que a maioria se trata de mercadorias enquadradas na Substituição Tributária, notadamente do segmento de PRODUTOS DE PAPELARIA, o que, além de não admitir créditos, se torna incompatível com a cobrança de ICMS – DIFAL, por já haver a antecipação do imposto pelas entradas, encerrando a fase de tributação.

Trouxe à baila, alguns itens citados por amostragem, dizendo que estando inseridos no levantamento fiscal e que fazem parte da Substituição Tributária do ICMS, a exemplo das CANETAS ESFEROGRÁFICAS (2018 – Itens 12.27 a 12.29 do Anexo I, 2019 – Itens 12.27 a 12.30 do Anexo I), ESPIRAIS PARA ENCADERNAÇÃO (2018 e 2019 – Itens 12.12 e 12.13 do Anexo I, 2019), PAPEL OFÍCIO (2018 e 2019 – Item 12.31 do Anexo I), PASTAS PARA DOCUMENTOS (2018 e 2019 – Itens 12.25 e 12.5.0 do Anexo I) (itens estes que estão elencados no demonstrativo da fiscalização).

Não somente isso, mas listou também em seu Recurso Voluntário uma tabela com todos os recolhimentos feitos a título de substituição tributária por antecipação realizada pelo adquirente, sob o código 1145 e ICMS SUBST TRIBUTÁRIA POR OPERAÇÃO CONT INSCRITO, com código de receita 1187.

De fato, analisando os itens citados pela Recorrente, estes se encontravam listados no Anexo I do RICMS/BA como itens sujeitos à substituição tributária.

Entretanto, apesar das alegações, a recorrente não acosta aos autos documentos que possam comprovar as suas argumentações, a exemplo de notas fiscais já demonstrando que o ICMS ST fora recolhido pelo remetente quando das aquisições de mercadorias de estados signatários dos Protocolos ICMS 109/09 (BA – SP) e 28/10 (BA – MG) ou memórias de cálculos do recolhimento antecipado do ICMS pela recorrente nas aquisições em estados não signatários dos referidos protocolos, de forma que seja possível identificar se os itens/notas fiscais elencados pela autuação (Fls. 08 a 62) de fato já tiveram o ICMS antecipado.

Inclusive em análise das notas fiscais citadas em sede de manifestação à diligência, e anexadas aos autos na manifestação da diligência, verifica-se que o CFOP é 6.404 trata-se da venda de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, cujo imposto já tenha sido retido anteriormente, na condição de substituto tributário, nas hipóteses em que o imposto já tenha sido retido anteriormente. A previsão está no Art. 8º, inciso II da Lei nº 7.014/96:

*Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:*

*...  
II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;*

Logo, se o foi, foi para o estado de origem. Em se tratando de operação interestadual, deveria o remetente ter procedido à retenção a favor do Estado da Bahia, ou acaso não tenha feito, o adquirente ficaria responsável pela antecipação (se para comercialização) ou pagamento da diferença de alíquotas (se para consumo ou ativo imobilizado) nos termos do Art. 10 da lei acima citada.

*Art. 10. Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação.*

Conforme já dito pelo julgador de piso, apesar da nomenclatura de diversos dos produtos incluídos na autuação também serem objeto de comercialização, segundo o autuado, em que pese não ser este o questionamento em seu recurso, considero que este não comprovou que tais aquisições se destinaram exclusivamente à comercialização e que já tiveram o imposto recolhido antecipadamente, além de estarem classificados como aquisições para fim de imobilização (Ativo Fixo) e uso ou consumo próprio.

Mesmo com a remessa dos autos em diligência, concedendo possibilidade à Recorrente de comprovar os argumentos do presente Recurso Voluntário, nada de efetivo foi trazido aos autos que pudessem elucidar seus questionamentos e corroborar suas argumentações.

Da mesma forma não apresentou nenhuma comprovação de que foi calculada e paga antecipação parcial para os itens considerados como material de embalagem, nos termos do Art. 12 da Lei nº 7.014/96:

*Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.*

Assim, considerando o disposto no Art. 2º, inciso IV, c/c o § 4º da Lei nº 7.014/96, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS cabe ao estabelecimento localizado neste Estado:

*Art. 2º O ICMS incide sobre:*

*... IV - as operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final localizado neste Estado, contribuinte ou não do imposto;*

*... § 4º Na hipótese do inciso IV do caput deste artigo, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e interestadual caberá ao:*

*I - destinatário localizado neste Estado, quando este for contribuinte do imposto, inclusive se optante pelo Simples Nacional;*

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser mantido do presente Auto de Infração no valor de R\$ 462.761,86.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda estadual, por unanimidade NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 269358.0002/21-6, lavrado contra DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 462.761,86, acrescido da multa de 60%, com previsão no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS